

JOSE PEDRO GALVÃO DE SOUSA Y LA HISTORICIDAD DEL DERECHO

POR

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

1. Inmediatamente que recibí de nuestro común amigo Ricardo Henry Marques Dip una invitación para colaborar en un homenaje al profesor Galvão de Sousa, no sólo lo consideré un honor sino, además, una feliz ocasión para mostrar a José Pedro mi admiración y mi entrañable afecto.

Aún no hace cinco años que Gabriela Pèrcopo (e.p.d.) puso en mis manos para publicar en *Verbo* el artículo *José Pedro Galvão de Sousa en la cultura brasileña*, que había escrito su difunto primer marido, nuestro inolvidable Francisco Elías de Tejada y Spínola, datado en 1977 en Sevilla, donde entonces era catedrático; y que, con mucho gusto, publicamos en homenaje a ambos —Elías de Tejada había fallecido—, en el número 221-222, enero-febrero de 1984, páginas 49-88. En él, el profesor español, hace justicia a su colega de São Paulo, del que más especialmente se ocupa en dos epígrafes de su estudio, de los cuales no puedo menos que extraer algunos de los incisos más significativos.

«Quien en días del mañana —escribía Elías de Tejada— establezca las líneas de la cultura brasileña en nuestro siglo con una perspectiva de la cual hoy carece, más porque el estruendo de la prensa bulliciosa y partidista impide medir las personas y los hechos en la apagada exactitud de sus valores auténticos, José Pedro Galvão de Sousa será estimado por uno entre los máximos hombres del Brasil de esta centuria. Al lado de la egregia significación de sus estudios y de su talento, habrá de tenerse en cuenta lo que sus saberes y esfuerzos significan dentro del marco

de su pueblo» ... «Galvão de Sousa encarna la concepción brasileña del Brasil» ... «alza en su estandarte la cifra de las esencias brasileñas» ... «es el campeón mayor de la línea exacta de su continuidad que prolonga la entraña espiritual del Brasil fundacional».

Y después de evocar la figura —por él bien estudiada— de Raimundo de Farias Brito —de quien añade que, si no llegó a insertarse plenamente en la Tradición brasileira, «fue porque la muerte le cortó el giro de su caminar intelectual, pues a ello le arrastraban junto con su talento poderoso su condición del alma brasileñamente cálida, tensa y angustiada»— prosigue: «Lo que separa a José Pedro Galvão de Sousa de Raimundo de Farias Brito es que ha andado entero el camino que el magno filósofo paseó a tientas desde el páramo de las modas de la extranjería hasta el castillo de la Tradición del Brasil. Lo que separa a Galvão de Sousa de los Morais Torres y de los Soriano de Sousa, de los Maricá y de los Lipparoni, es que en él el repudio de la extranjerización no se agota en extranjerizaciones de otro signo ni en simples protestas patrióticas, empero sube a cabal sistema de pensamiento. Desde el siglo XVII no ha engendrado el Brasil pensador tan brasileñamente entrañado como José Pedro Galvão de Sousa. El es quien cumple y solamente él, el sueño rabiosamente patriótico de Tobías Barretto» ... «La ambición patética del talentado sergipano la ha llevado a cabo José Pedro Galvão de Sousa. Es su justificación y su grandeza».

2. Esta imagen de José Pedro Galvão de Sousa se halla íntimamente entramada con su concepción de la historicidad del derecho y con su auténtico hispanismo.

Fallecido Francisco Elías de Tejada, José Pedro es hoy el máximo exponente intelectual de la Hispanidad auténtica, que no es una idea de Imperio— en el sentido que hace unos años se pregonó en España—, sino un modelo de unidad —fundado en una misma fe—, en la pluralidad de esa segunda Cristiandad de las Españas, múltiple y una.

Por eso, he escogido para mi grano de arena, en homenaje

suyo, la glosa del libro en el que explica su visión de la historicidad del derecho, *A historicidade do direito e a elaboração legislativa*, impreso en São Paulo en 1970 por Editora Franciscana; y de la cual, en 1972, Escelicer publicó en Madrid la traducción castellana unida por Juan Antonio Sardina Páramo, con un apéndice de éste.

Tengo sobre la mesa el ejemplar de la edición original, con una tan entrañable como modesta por parte del autor, dedicatoria suya: «Ao querido amigo Juan Vallet de Goytisolo, en cuyo vigoroso ensaio «Sociedad de masas y derecho» encontró, com erudição e brilho, a plena confirmação da tese esboçada neste desprentencioso volume. Do amigo e admirador José Pedro Galvão de Sousa, São Paulo, Pascoa, 1970».

El libro lleva como lema el siguiente párrafo de Rafael Gamba, en su extraordinario libro *El silencio de Dios*:

«La maduración cultural de un pueblo se realiza en un lento predominio del derecho escrito sobre la costumbre de la unidad o la estructuración sobre el localismo tribal, del plano teórico sobre la pura adaptación al medio. Sin embargo, también en este orden la salud consiste en una tensión y equilibrio entre lo ideal y lo real, en una permanente toma de contacto con la realidad en la que no se *abstractice* el saber ni se reduzca la vida y las relaciones de los hombres a esquematismos artificiales e infecundos. Al modo como la virtud es en el hombre una tensión y armonía de sus facultades, así también la sana vida de los pueblos debe siempre apoyarse en las realidades concretas de la agrupación local o profesional y en los límites y dimensiones creados por la historia y la tradición».

La coincidencia esencial en el pensar de los cuatro es completa en esa materia.

3. Advertimos, ante todo, la necesidad de diferenciar la historicidad y el historicismo. Corresponde al abismo que media entre las concepciones de Vico y de Hegel.

Para el filósofo alemán la historia universal es el curso evolutivo de la realización del Espíritu, en una dialéctica donde lo

racional se identifica con lo real en cada momento histórico, envolviendo en su devenir ineluctable la libertad y la razón del hombre.

Según el napolitano, no es esto. El hombre con su razón y su libertad, pero también con sus limitaciones de una y otra, hace la historia; pero, al hacerla, se sumerge en ella —como en la cultura que también es obra suya— condicionándose con su propia obra. Pero la puede conocer —*scire per causas*— como obra suya —*verum ipsum factum y verum et factum convertuntur*—, aunque sea en imagen plana —y no en relieve, como Dios conoce su obra—; y, en esa misma imagen plana, puede alcanzar cierto conocimiento de la *historia ideal y eterna* —trazada por la divina providencia— que puede guiarle para su ulterior orientación y desarrollo, explicándole el porqué de los *corsi y ricorsi* de la historia de las naciones, es decir, sus surgimientos, progresos, apogeos, decadencias y desapariciones. Por ella, esa historia ideal y eterna, entrevista por Vico, nada tiene que ver con el ineluctable triunfo de la Idea, concebido por Hegel. Significa para la experiencia humana un modelo, que puede entrever, para tratar de seguir, como con un brújula el camino, hacia el progreso, o apartarse de él, lo que conlleva la decadencia.

Está en el término medio entre las concepciones del hombre «solo razón», y el hombre «solo historia». En el hombre —como advirtió el Aquinatense (S. Th., 1, 103, 1, *ad 2*)— hay algo permanente —*aliquid stabile*— y algo sujeto al movimiento, a su historia —*aliquid ad motus pertinens*—. Y en lo que depende de la historia no está sujeto a un determinismo inexorable; pero sí se halla condicionado por su propia actuación; por los efectos históricos de las causas a las cuales, voluntaria o involuntariamente, consciente o inconscientemente, han provocado sus antepasados, sus compatriotas, sus vecinos y él mismo, en la medida de sus posibilidades.

He ahí cómo el hombre con su libertad no se mueve en el vacío, sino en la historia guiada en ella por su razón que tampoco se halla en una campana neumática, sino dentro de su propia cultura histórica.

4. José Pedro Galvão de Sousa lo ve muy claro según explica en la introducción de su libro:

— De una parte, «a história não deve ser considerada simplesmente um retrospecto do passado, um museu de antigüidades».

— Pero, tampoco «não cabe no entanto, concluir que seja ja história uma espécie de entidade metafísica, segundo a consideran aquêles que dela fazem uma força misteriosa a impelir de modo fatal a evolução da humanidade. Tal concepção, delineada no século passado por pensadores como Marx, Comte e os evolucionistas, é a do progressismo de nossos dias, ensinando que a suprema sabedoria consiste em deixar-se levar passivamente pelo “movimiento da história”».

— Lo que sí es, «é propia vida, é a tradição que vai passando de geração em geração, de tal maneira que se nós somos o que somos é em virtude da herança histórica que recebemos».

Por eso, proyectando esa perspectiva al derecho comienza centrando su obra:

«Elemento condicionador da vida do homem em sociedade, o direito está por isso mesmo profundamente vinculado à existência humana e, portanto, à história. Pois o homem, nas suas relações sociais e mesmo na sua formação individual, não pode deixar de receber o influxo do meio ambiente e das tradições de que é herdeiro. E sendo assim, a organização jurídica dos povos apresenta naturalmente uma nota de historicidade, tornando-se compreensível em função das condições gerais de cada época en dos demais elementos que contribuem para a gênese e o desenvolvimento das instituições sociais».

Ahora bien: «Sendo elaboradas pela mente do legislador, as normas jurídicas correspondem a uma racionalização da vida em sociedade, que pode afastar-se do processo histórico e obedecer a princípios eivados de abstracionismo. Quando tal acontece há uma ruptura entre o direito e a história, tornando-se precária a vigência das leis e surgindo, segundo expressão consagrada na França, a oposição entre o país real (*pays réel*) e o país legal (*pays légal*).

«Isto começou a dar-se especialmente depois da Revolução de 1789, quando o direito ideológico entrou a prevalecer sobre o direito histórico».

«Para isto —añade dos párrafos después— contribuíram também as concepções racionalistas do direito natural, difundidas já no século XVII e que haveriam de provocar mais tarde a reacção da escola histórica e do positivismo jurídico».

Sin embargo: «E bem de ver que afirmar a historicidade do direito não significa assumir uma posição de conservadorismo estático, nem tampouco negar que o direito deva ser um elemento propulsor da dinâmica social e do progresso. Pelo contrário, o verdadeiro progresso só pode dar-se mediante o aperfeiçoamento humano e social, que uma ruptura com o passado impossibilitaria, pois nos privaria das contribuições legadas pelo esforço das gerações que nos precederam, ao qual devemos somar o nosso, na marcha da civilização».

Tampoco —como hemos visto— admite un ineluctable «movimiento de la historia», que rechaza con estas rotundas palabras: «O autor da presente monografia rejeita liminarmente esse historicismo radical, e procura esclarecer o verdadeiro significado da historicidade do direito na formação e no desenvolvimento das sociedades políticas, em opposição ao abstracionismo jurídico, fruto do subjetivismo do pensamento moderno e da prevalência das modas ideológicas sobre o senso histórico».

Y, por ello, tanto rechaza el *naturalismo* irracional como el *racionalismo* jurídico que actúa «deduzindo *more geometrico* de princípios abstratos a norma legal, lembra as formas extravagantes da arte moderna desvairadamente subjetivista, a culminarem na arte abstrata de nossos dias».

5. Esto le conduce a mostrar con claridad, en el capítulo II, que la concepción clásica del derecho tanto rechaza el abstractismo del iusnaturalismo racionalista como el relativismo de un historicismo positivista.

«O fato de reconhecermos no direito algo de concreto, que se realiza na vida dos povos dentro das condições que lhes são

peculiares, não acarreta de maneira nenhuma a negação de valores absolutos pressupostos pela ordem jurídica positiva. Assim, a idéia de direito natural muito longe de se opor à da formação histórica do direito, a não ser em certas modalidades que assumiu sob a influência do racionalismo posterior a Grócio. As críticas feitas ao direito natural pelos adeptos do positivismo jurídico procederam de um grande equívoco, sobre o qual não é preciso insistir, pois êste tem sido suficientemente desfeito por numerosos autores.

»Mérito indiscutível da escola histórica, no século XIX, foi chamar a atenção dos juristas para a formação orgânica da sociedade e do direito, em oposição ao jusnaturalismo racionalista e às concepções individualistas oriundas da «filosofia das luzes» do século XVIII. Mas daí a negar a existência de princípios universais, que constituem o fundamento do direito positivo, vai um passo muito grande.

»Afirmar a historicidade do direito não é, pois, necessariamente, sustentar o historicismo relativista, que caracterizou em parte a reação levada a efeito, na centúria passada, contra o apriorismo ou abstacionismo anti-histórico do pensamento iluminista».

La razón abstracta y la voluntad aislada de la naturaleza son el contrapunto de una razón y una voluntad determinadas y movidas por la historia. Dos concepciones, la determinista, de una parte, y la voluntarista o racionalista, de otra, igualmente parciales y, por ello, basilarmente erróneas.

En esta segunda postura, pues se llegó al abstractismo jurídico por dos vías:

— La de la Escuela del derecho natural y de gentes iniciada por Grocio. Como explica en el capítulo III, Galvão de Sousa: «Seus adeptos davam ao direito natural um sentido anti-histórico, que não tivera entre os gregos, muito menos entre os romanos, nem tão pouco na escolástica medieval, cuja tradição, perdida para além dos Pirineus, se conservava por mais tempo na Espanha e em Portugal».

— Las ideas del Iluminismo que —según palabras de Miche-

let— «fundó la libertad en la emancipación del espíritu, antes ligado a la carne», produciendo una disgregación, dice Galvão de Sousa: «o homem desvinculado da sociedade, a legislação desligada do direito histórico. Tudo isto como resultado daquele duplo conflito, entre o abstrato e o concreto e entre o espírito e a vida».

«Iusnaturalismo racionalista e «filosofía das luzes» —concluye páginas después— conjugaram-se para imprimir às especulações filosóficas sôbre o direito uma nova direção, que se refletiu no domínio da elaboração legislativa. A essas duas correntes de pensamento cumpre acrescentar o liberalismo econômico, desde as suas primeiras manifestações com os fisiocratas até a sua formulação por Adam Smith num sentido mais acentuadamente individualista».

6. Pero la escisión entre espíritu y carne —de la que debe señalarse como antecedente la escisión cartesiana entre *res cogitans* y *res extensa*— no se limitó a producir la pretensión de gobernar el mundo por leyes abstractas, sino que repercutió en las reacciones contrarias que, por efectos de la ley del péndulo, no encontraron el equilibrio que necesitaba restaurarse.

«Dêsse decido maniqueista entre o espírito e a vida, latente no pensamento racionalista moderno, resultou a antinomia da Razão Pura e da Razão Prática em Kant, dualismo donde procedem as escolas filosóficas de Marburgo e de Baden, das quais por sua vez provêm sistemas de filosofia do direito bem característicos, quais sejam, o normativismo de Kelsen e o culturalismo de Radbruch respectivamente».

Y advierte el mismo conflicto en la oposición del romanticismo al pensamiento iluminista, que provoca direcciones opuestas en el romanticismo alemán y en el francés.

«Os românticos alemães exaltavam os valores vitais e procuravam o concreto, repelindo os abstracionismos desencarnados da experiência humana. Assim deve entender-se a escola histórica do direito, de que foi precursor Adam Müller, um dos maiores românticos».

Por el contrario, Jean Jacques Rousseau —si bien, por una parte—, sigue el racionalismo iluminista de su época, tal como reproduce el autor de un texto explicativo de Miguel Reale: «o apriorismo de Rousseau, a abstração dos dados históricos, e a sua preferência por argumentos conjecturais baseados em elementos intuitivamente alcançados, tudo é apenas o caso particular e, digo mesmo *exponencial* de uma atitude generalizada do espírito na França do século XVIII, o que o leva, *metodológicamente*, a fazer “tabula rasa” da histórica, transformando a velha idéia do “contrato social” em uma hipótese explicativa da ordem humana, análoga às concebidas pelos físicos para a explicação da ordem cósmica», por otra parte, como advierte Galvão de Sousa: «No sonhador genebrino tem-se apontado o pai do romantismo. Há na sua obra traços que ficarão caracterizando o movimento romântico: o lirismo, a exaltação do indivíduo, a presença atuante da sensibilidade. Nada, porém, de mais aposte ao pensamento dos românticos alemães, preocupados com os fundamentos históricos e tradicionais da sociedade, do que a abstracionismo rousseauiano e a racionalização da vida política delineada no *Contrat social*». Ese es el romanticismo político al que se refirió otro amigo común —que no puede dejar de citar aquí— Eugenio Vegas Latapie, en su libro *Romanticismo y democracia* (Santander, Cultura Española, 1938). Aunque la vuelta a lo natural fuera la idea dominante, en Rousseau, no se le escapa a Galvão de Sousa este dato esencial: «A natureza que tem em vista, porém, não é do homem histórico e sim a do homem abstrato».

7. Las ideas políticas han influido también en la concepción moderna del derecho. Aquellas guste o no, vienen en buena parte predeterminadas por la nueva significación de dos palabras que han venido a denominar dos conceptos, desconocidos anteriormente en la concepción política de la Cristiandad medieval: el Estado y la soberanía.

Respecto del primero escribe en el capítulo VI Galvão de Sousa: «Foi no século XVI —exatamente quando os Estados modernos começaram a se constituir na Europa sobre as ruínas

do feudalismo— que pela primeira vez se empregou a palavra «Estado» para significar uma sociedade independente políticamente organizada. Encontramo-la com êste sentido naquela célebre obra de Maquiavel enaltecedora do principio da razão de Estado».

Este nuevo concepto de Estado, que conlleva el de «razón de Estado» tomaría una potencialidad terrible al surgir a su lado el concepto de soberanía, acerca del cual —a continuación de las últimas frases acabadas de transcribir— sigue diciendo el profesor de São Paulo: «E no mesmo século em que o secretário da chancelaria florentina escreveu *O Principe*, o jurista angevino Jean Bodin compunha outra obra destinada igualmente atornar-se clásica na história do pensamento político, *Os Seis Livros da República*, dando ai o devido realce à noção fundamental em tórno da qual veio a corporificar-se modernamente a teoria do Estado: o conceito de soberania».

La Cristiandad medieval no concebía el poder de los reyes, sino limitado por arriba —por la ley de Dios contenida en la Revelación e insita en el derecho natural— y por abajo, en la esfera de la competencia de los poderes intermedios— feudales, municipales, corporativos, familiares— en cuyo ámbito la *souveraineté* bodiniana se contrapuso a las *franchises* tradicionales. Precisamente Elías de Tejada —en el apéndice 4, de su libro *El Franco Condado Hispánico*— ha recordado que el aragonés Gaspar de Añastro Isunza, al vertir al castellano *Las Repúblicas* de Bodino, «catholicamente enmendadas» —según precisa en su título— entre sus correcciones substituyó la palabra soberanía por *suprema auctoritas* «dado que la soberanía es un poder ilimitado por encima de los cuerpos sociales, mientras la *suprema auctoritas* implica que cada cuerpo político, incluidas las potestades del monarca está encerrado centro de unos límites».

Ese concepto de soberanía apareció en Bodino como un refuerzo del poder del monarca absoluto. Pero absolutismo político y totalitarismo no siempre coinciden. Este último tiene su raíz en la supremacía absoluta de la ley positiva. El mismo Galvão de Sousa, en otro libro importante *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do Estado. Um estudo sobre «O defensor Pacis»*

de Marsilio de Pádua (São Paulo, Inografía Saraiva, 1972), ha visto en él, el gran teórico del absolutismo en la Baja edad media; aunque apoyado en la voluntad del pueblo, con su inmanentismo dejó paso a la absoluta supremacía de la ley positiva, al considerarla no limitada por la ley natural ni por la revelada, negando la autoridad espiritual del Papa y subordinando el sacerdocio al poder civil.

Lo cierto es, como dice nuestro autor y volvemos al libro que principalmente comentamos: «Na França, onde com Luis XIV a monarquia absoluta alcançara o seu maior esplendor, na França de Bodin que foi também a segunda pátria de Rousseau, o «poder absoluto e perpetuo», com a Revolução, passou a ser exercido pela vontade geral e, sendo esta soberana, tornou-se a detentora exclusiva do poder legislativo. Abriram-se assim as portas para o absolutismo de Estado num grau não atingido sob a realeza absoluta».

Este grado, no alcanzado por la monarquía absoluta, se funda —como ha notado Georges Ripert, en *Le déclin du droit*—, en que, al considerar —según la tesis de Rousseau— la ley como expresión de la *volonté générale* «no puede ser sino justa y razonable». Esta pretendida «transferencia de la soberanía» —sigue Ripert— «esconde una creación. Jamás el rey de Francia tuvo el poder legislativo, o por lo menos un poder comparable al del parlamento moderno» ... «Basta notar que no osaba tocar el derecho civil».

«Rousseau —hace notar el profesor francés— no ha dicho: *las leyes*, dice la *ley*, y para él la ley es soberana, pues es expresión de voluntad general. Bajo la Revolución todos los poderes caen, los del rey, de la Iglesia, de las comunidades provinciales, de los parlamentos [verdaderos Tribunales territoriales encargados de la salvaguarda de las leyes], de las corporaciones. Ya no hay sino una sola autoridad: la asamblea encargada de legislar. Ella detenta el poder legislativo en toda su potencia».

En todo caso —como ha visto claro el profesor paulista— «a soberanía diluí-se no povo, transformado por sua vez numa poeira de individuos, em lugar da comunidade nacional orgánica, com

suas hierarquias, suas divisões naturais, seus grupos históricos. O que quer dizer que cada um desses individuos é um ser irreal, o cidadão abstrato e desencarnado, átomo solto, fora das comunidades nas quais concretamente um homem vive, pensa, trabalha, tem seus interesses a está ligado ao seus próximos por laços afetivos».

Y así —como concluye Galvão de Sousa— «A unidade da soberania, afirmada por Bodin e levada pela Revolução de 1789 —na linha do pensamento rousseauiano— a uma espécie de totalitarismo da soberania, excluidas as soberanias sociais».

8. Es curioso observar que el mundo contemporáneo está regido por unas simplificaciones que contradicen los principios de quienes se dicen sus fundadores. Así ocurre con la estructuración de la democracia y con la denominada división de poderes.

De ambas paradojas me he ocupado recientemente.

Rousseau no admitía la representación parlamentaria ni lo que hoy denominamos partidos políticos como he expuesto en mi artículo *¿Existen hoy democracias según los criterios clásicos?* (*Razón Española*, 25, septiembre-octubre 1987, págs. 151-160).

«La soberanía —leemos en *Du contrat social*, III, XV— no puede ser representada por la misma razón de que no puede ser alienada»; «la voluntad general no se representa para nada; es la misma o es otra; no existe término medio. Los diputados del pueblo no son ni pueden ser sus representantes, no son sino sus comisarios; nada pueden concluir definitivamente» ... «El pueblo inglés piensa ser libre, y se equivoca mucho; no lo es sino durante la elección de los miembros del parlamento: tan pronto son elegidos, es esclavo, no es nada».

Y en cuanto a las «asociaciones parciales» —que hoy denominamos partidos políticos— sentencia (II, III): «cuando se hacen pandillas, asociaciones parciales a expensas de la grande, la voluntad de cada una de estas asociaciones llega a ser general con relación a sus miembros y particular con relación al Estado; entonces ya no puede decirse que hay tantos votos como hombres sino tantos como asociaciones» ... «cuando una de estas

asociaciones es tan grande que predomina entre las demás, ya no de por resultado la suma de pequeñas diferencias, sino de una diferencia única; y entonces no existe ya voluntad general, y el dictamen que prevalece es sólo un dictamen particular».

Montesquieu se dice que sostuvo la teoría de la separación de poderes; y, sin embargo —como he recordado en *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, Madrid, Civitas, 1986, cap. XI, 9 y 10, págs. 392 y ss.—, no es así, tal como Charles Eisenmann ha defendido reiterada y exhaustivamente. Hace un par de años, recordando esta tesis, aún sin revatir y ni siquiera objetada, el profesor de la Universidad de Reims, Michel Troper, ha resumido que Montesquieu trató de crear un «equilibrio constitucional» que, a la vez, fuera un «equilibrio social» de modo tal que «cada clase, estando representada en el seno del poder legislativo, puede impedir toda tentativa de perjudicar sus intereses por medio de reformas legislativas. El equilibrio intangible de la constitución se convierte así en el mismo equilibrio social». En cambio, no puede responder a la concepción de Montesquieu una teoría de separación de poderes en la que no sólo los miembros del ejecutivo, sino también la mayor parte de los del Consejo General del Poder Judicial —inconcebible para el bordelés— y los del Tribunal Constitucional sean designados por la misma mayoría parlamentaria.

9. Pero, lo cierto es que, en el terreno de la realidad —como en la introducción dice Galvão de Sousa—: «A partir do século XVIII a influência do elemento ideológico foi crescendo na política europeia. A Revolução francesa fazia-se em nome de abstrações, iniciando a era dos *slogans*. A liberdade revolucionária, suprimindo as liberdades concretas das comunidades locais e dos grupos profissionais, preparava o terreno para a massificação da sociedade e para a centralização estatal. A igualdade perante a lei, proclamada com ênfase, não impedia a formação do grande capitalismo acentuando cada vez mais a diferença de nível de vida entre as classes sociais. E o princípio da soberania do povo, inscrito no preâmbulo das constituições, significava teóricamente a

transferência do poder supremo do monarca para a coletividade en quanto, de fato, quem a passava a exercer eram pequenas minorias manipuladoras la opinião pública.

»Com tudo isso a política legislativa não podia deixar de ser também alterada. As constituintes e os parlamentos tinham as suas portas e janelas abertas para os ventos ideológicos da época. Dava-se grande crédito ao poder transformador das elis, sem levar devidamente em conta as tradições e os costumes. A pletera da lei fazia lembrar o dito de Tácito; *corruptissima re publica plurimae leges*. E o abstracionismo sobrepunha-se ao sentido da historicidade do direito».

De ese modo —precisa al final del capítulo II—; «Abriram-se as portas para o mais desenfreado subjetivismo, agravado pela influência das ideologias dominantes na política moderna e que naturalmente se tem feito sentir também sôbre a política legislativa»; y —sigue en el cap: III, 2— «por diante instituições prefabricadas pela razão pura eram impostas em nome do povo por minorias dirigentes, segundo o padrão das legislações revolucionárias de França, como aconteceu nas Cortes de Cádiz, na Constituinte de Lisboa e em assembléais congêneres de uotros países do velho e do Nôvo Mundo». En todo caso —como dice en el cap. I, 4: «O individualismo jurídico, proveniente da Revolução de sociedade em que se prescindia da experiência histórica, suscitando assim aquêle antagonismo entre o direito e a vida».

10. Hemos visto como se potencian los efectos del racionalismo y del voluntarismo jurídicos, desligados de toda experiencia histórica, al combinarse con la soberanía legislativa de los parlamentos y el totalitarismo estatal al que conjugadamente conducen.

Pero, además, ya ambos conjugados, a su vez, potencian otra confusión, la del derecho con la ley, como norma coercitiva creada por el poder legislativo e impuesta por el Estado. Con ello, según Kelsen, derecho y Estado se identifican.

He recordado muchas veces que —como supo discernir claramente Santo Tomas de Aquino (S. Th. II^o-II^{as}, 57)— la ley no es el derecho mismo, sino cierta razón del derecho —«*aliqua-*

lis ratio iuris—, que éste necesita del mismo modo como las reglas del arte son necesarias al artista, para guiarle en la realización de su obra. Pero éstas, no habían sido monopolizadas por el poder político en Grecia, ni en Roma, ni en el *ius commune*—en el cual el derecho romano no se imponía *ratione Imperii* sino *imperium rationis*—, como «razón escrita» o «buena razón». Alfonso el Sabio dictó las Partidas por razón de enseñanza no como mandatos. Existían, además, las costumbres, con efectos *secundum, praeter y contra legem*, la doctrina de los autores...

Todo esto queda diluido, hasta borrarse, cuando el Estado, en lugar de guardador del derecho y garante de la justicia, se convierte en su autor; y, así, como el rey Midas cuanto tocaba lo convertía en oro, el Estado moderno hace derecho cuanto quiere, puesto que este se identifica con la ley y ésta solo dimana de su soberanía.

Galvão de Sousa —en el cap. IV, 6— lo explica con lucidez:

«Foi vã a pretensão de reduzir o direito à lei escrita, e a lei a uma criação do poder legislativo do Estado, encontrando sua perfeição nas constituições nos códigos elaborados com o ilusório intento de abranger, de un modo exaustivo, tôda a realidade.

»Ela resultou de uma atitude mental abstracionista e de uma falta de visão histórica na consideração do fenômeno jurídico».

Y prosigue dos párrafos después:

«Absorvendo todo o direito e sendo a expressão da vontade do Estado, a lei excluía conseqüentemente as normas jurídicas que não fôsem emanações do poder estatal. Produto da razão abstrata, traduzia-se nos preceitos coercitivamente impostos por uma decisão de autoridade detentora da soberania política, não admitindo esta a concorrência de nenhuma autoridade social e de qualquer ordenamento jurídico extra ou infravalente. O voluntarismo conduzia lógicamente ao positivismo jurídico, e éste ao absoluto estatismo. A tese da auto-suficiência legislativa era ao mesmo tempo uma afirmação do monopólio diricto pelo Estado».

Si bien ¡claro está! «Tal miragem da ordem jurídica não podia deixar de ser rejeitada por sociólogos e por juristas dotados de visão histórico-sociológica. No confronto da sociedade com

o Estado, era-lhes dado observar numerosos grupos não estatais com capacidade normativa e disciplinar. Aliás, salutares tendências do pensamento contemporâneo indicam uma volta ao sentido da historicidade do direito, ao mesmo tempo em que a sociedade, por seus grupos naturais e históricos, reage contra a tirania absorvente dos totalitarismo hodiernos».

Pero, para ello, es preciso un giro mental; y, a este fin, José Pedro Galvão de Sousa ha puesto a contribución todo su saber y su preclara inteligencia.